Indice General

Segunda Parte
Derechos económicos, sociales, culturales ambientales

Políticas de austeridad y derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA): la problemática del entrecruzamiento de jurisdicciones en el sistema europeo 15

Luis Jimena Quesada

1. ALGUNAS PREMISAS: CONTEXTOS CRITICOS HABILITANTES DE MEDIDAS DE AUSTERIDAD Y VECTORES DEL SISTEMA EUROPEO POR REFERENCIA A LOS DESCA 15
2. POLITICAS DE AUSTERIDAD O ANTICRISIS Y DESCA EN LA JURISPRUDENCIA MÁS EMBLEMÁTICA DEL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES 17
3. POLÍTICAS DE AUSTERIDAD O ANTICRISIS O ANTICRISIS Y DESCA EN LA JURISPRUDENCIA MÁS CIRCUNSPECTA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS 21
4. POLÍTICAS DE AUSTERIDAD O ANTICRISIS Y DESCA EN LA JURISPRUDENCIA MÁS COMEDIDA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA 23
5. COINCIDENCIAS Y DIVERGENCIAS HORIZONTALES ENTRE LAS INSTANCIAS EUROPEAS 25
6. SIMETRÍAS Y ASIMETRÍAS VERTICALES ENTRE JURISDICCIONALES SUPREMAS E INSTANCIAS EUROPEAS 27
7. REFLEXIONES Y PROPUESTAS FINALES EN ARAS DE LA OPTIMIZACIÓN DE LOS DESCA ANTE MEDIDAS ANTICRISIS 29

BIBLIOGRAFÍA 30

El paradigma ecológico y la transición hacia una concepción de Estado Ecológico de Derecho: Análisis del pensamiento ecológico en la Ley Marco de Cambio Climático 33

Maylin Moya Tolosa

1. INTRODUCCIÓN 33
2. LOS PLANTEAMIENTOS DEL PENSAMIENTO ECOLÓGICO EN LA NORMATIVA PROTECTORA DEL MEDIO AMBIENTE. DERECHO Y CAMBIO SOCIAL 34
3. LA LEY MARCO DE CAMBIO CLIMÁTICO Y LA JUSTIFICACIÓN DE SU ORÍGEN 35
4. DESDE LOS PLANTEAMIENTOS DE LA ECOLOGÍA POLÍTICA HACIA UNA CONCEPCIÓN DE ESTADO ECOLÓGICO DE DERECHO 36
5. EL PENSAMIENTO ECOLÓGICO EN LA LEY MARCO DE CAMBIO CLIMÁTICO. 39

6. CONCLUSIONES 43
BIBLIOGRAFÍA 43

Movilidad humana como consecuencia del cambio climático: Análisis de algunos lineamientos jurisprudenciales para enfrentar estos desplazamientos 47
María Ignacia Sandoval Gallardo

1. INTRODUCCIÓN 47
2. ASPECTOS GENERALES DE LA MOVILIDAD HUMANA EN EL CONTEXTO DEL CAMBIO CLIMÁTICO 48
3. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y EL CAMBIO CLIMÁTICO 51
   3.1 Análisis de los criterios interpretativos 53
4. LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA Y LOS DESPLAZAMIENTOS INTERNOS 57
5. CONCLUSIONES 61
BIBLIOGRAFÍA 62

Tercera Parte
Derecho internacional de los derechos humanos

La evolución de la idea de constitución y su impacto en su conceptualización 67
Gonzalo Aguilar Cavallo

1. INTRODUCCIÓN 67
2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA 68
3. TIPOLOGÍA DE LA CONSTITUCIÓN 75
4. CARACTERÍSTICAS DE UNA CONSTITUCIÓN QUE LA DIFERENCIAN DE LA LEY 79
5. LÍMITES AL EJERCICIO DEL PODER CONSTITUYENTE 82
6. CONCEPTUALIZACIÓN Y VERTIENTES DOCTRINALES 83
7. CONCLUSIÓN 88
BIBLIOGRAFÍA 88

El control de convencionalidad y el dialogo judicial 93
Armando Luis Blanco Guzmán

1. INTRODUCCIÓN 93
2. CONCEPTO 93
3. TITULARIDAD DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD 95
4. OBJETO DE APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD 95
5. CARACTERISTICAS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD 95
6. SUPUESTOS DE PROCEDENCIA Y EFECTOS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD 97

7. EL DIÁLOGO JUDICIAL 97
8. CONCLUSIONES 98
BIBLIOGRAFIA 99

Inter Courts Dialogue and Multilevel Protection in Italy, Germany and France: A Comparative Perspective 101
Luciana De Grazia

1. INTRODUCTION MULTILEVEL PROTECTION AND DIALOGUE BETWEEN COURTS IN THE EUROPEAN CONTEXTO 101
2. THE ECHR WITHIN THE DOMESTIC LEGAL SYSTEM: THE ITALIAN, GERMAN, FRENCH EXPERIENCES 103
3.THE EU CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE ITALIA, GERMAN AND FRENCH LEGAL SYSTEM 106
4. CONCLUSION 110
BIBLIOGRAPHY 112

El amicus curiae en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: An análisis de su intervención en acciones relativas al derecho a la salud y el uso de sus aportes en la base de las sentencias 115
Mônia Clarissa Hennig Leal
Rosana Helena Maas

1. INTRODUCCIÓN 115
2. ESPECTROS DEL INSTITUTO DEL AMICUS CURIAE: INSTRUMENTO DE PARTICIPACIÓN SOCIAL DESDE UNA MIRADA PLURALISTA 116
3. LA INTERVENCIÓN DEL AMICUS CURIAE EN LA CORTE IDH: INSTRUMENTO DE PARTICIPACIÓN SOCIAL A PARTIR DE UNA PERSPECTIVA PLURALISTA 118
4. JUDICIALIZACIÓN DE LA SALUD Y ***AMICUS CURIAE***: UN ANÁLISIS DE LA INTERVENCIÓN DEL INSTITUTO EN LA CORTE IDH 122
5. CONCLUSIÓN 140
BIBLIOGRAFÍA 141

Constitucionalismo transformador, políticas públicas y derechos humanos: Un análisis de las determinaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación a Brasil 143
Mônia Clarissa Hennig Leal
Maria Valentina De Moraes

1. INTRODUCCIÓN 143
2. BRASIL Y EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: BREVES CONSIDERACIONES 144
3. LAS RECOMENDACIONES DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS A BRASIL: ¿INDUCCIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS? 147

4. CONCLUSIÓN 152
BIBLIOGRAFIA 152

De la obligatoriedad de aplicación del principio favor persona en el derecho chileno 155
Dominnique Luan Ramos

1. INTRODUCCIÓN 155
2. EL PRINCIPIO FAVOR PERSONA Y SU TRATAMIENTO DOCTRINAL 156
3. MANIFESTACIONES NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES DEL PRINCIPIO A NIVEL COMPARADO 160
4. OBLIGATORIEDAD DE SU APLICACIÓN EN VIRTUD DEL ART. 5 INC. 2 Y EL PRINCIPIO DE SERVICIALIDAD CONTENIDO EN LAS BASES DE LA INSTITUCIONALIDAD 163
5. CONCLUSIONES 166
BIBLIOGRAFÍA 167

El principio de no devolución: Una garantía incumplida para los refugiados y migrantes de América Latina 169
David Mendieta

1. INTRODUCCIÓN 169
2. SITUACIÓN DE LOS REFUGIADOS Y LOS MIGRANTES EN AMÉRICA LATINA DURANTE EL SIGLO XXI 170
3. VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN EN AMÉRICA 172
4. ALGUNAS DECISIONES JUDICIALES QUE RESPALDAN EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN 175
5. CONCLUSIONES 178
BIBLIOGRAFÍA 179

¿Una función social de la propiedad y los contratos? Una perspectiva de los Derechos Humanos sobre la actividad empresarial 181
Alonso Ignacio Salinas Garcia

1. INTRODUCCIÓN 181
2. LA PROPIEDAD COMO DOMINIO: LA ERRADA CONCEPCIÓN ROMANA 183
3. EL PROBLEMA DE LA MODERNIDAD: EL INDIVIDUALISMO VOLUNTARISTA Y SUS CONSECUENCIAS JURIDICAS 185
4. LA PROPIEDAD EN UN SENTIDO HUMANO: LA EMPRESA COMO MEDIO Y EN SERVICIO DEL BIEN HUMANO 188
5. LA SÍNTESIS, MÁS ALLÁ DE LOS LÍMITES. EL FIN O INTERES SOCIAL COMO REGLA DE MEDIDA A LA LUZ DE LOS DERECHOS HUMANOS 190
6. BRASIL Y LA FUNCIÓN SOCIAL DEL CONTRATO. EL EJEMPLO PARA ENTENDER LA ACTIVIDAD DE LA EMPRESA EN EL MARCO DE LOS DERECHOS HUMANOS 192

BIBLIOGRAFÍA 194

El derecho a la protección del trabajo infantil, y contra el trabajo forzoso infantil y la explotación económica y social 197

Sergio Peña Neira

Patricio Araya Meza

Sebastián Henríquez San-Martín

1. INTRODUCCIÓN 197
2. DESARROLLO 200
3. JURISPRUDENCIA 207
4. DERECHO A LA PERSONALIDAD 210
5. CONCLUSIÓN 211

BIBLIOGRAFÍA 211

¿Una función social de la propiedad y los contratos? Una perspectiva de los Derechos Humanos sobre la actividad empresarial

ALONSO IGNACIO SALINAS GARCIA[1]

Sumario: 1. Introducción. 2. La propiedad como dominio: la errada concepción romana. 3. El problema de la modernidad: el individualismo voluntarista y sus consecuencias jurídicas. 4. La propiedad en un sentido humano: la empresa como medio y en servicio del bien humano. 5. La síntesis, más allá de los límites. El fin o interés social como regla de medida a la luz de los Derechos Humanos. 6. Brasil y la función social del contrato. El ejemplo para entender la actividad de la empresa en el marco de los Derechos Humanos.

1. INTRODUCCIÓN

La "*lucha de clases*", expresión más notoria de la "*cuestión social*" durante todo el siglo XX -y aún vigente de una forma soterrada-, la pugna entre los asalariados y los empresarios ha sido la fuente de discordias y conflictos sociales profundos para toda la humanidad. Generando divisiones y heridas profundas que a pesar del fin de la Guerra Fría siguen dañando la cohesión social y promoviendo la segregación de los integrantes de una misma comunidad nacional, donde amplias mayorías siguen siendo apartadas de los frutos del trabajo y el comercio.

Esta pugna, considerada por muchos como algo natural, una especie de mal inevitable; y no faltan, desde luego, quienes la atizan hasta hoy en día como el único medio para obtener éxitos de un sector de la sociedad por sobre otro, lleva a los conciudadanos a transitar del plano del debate entre distintos, al enfrentamiento entre enemigos, a un campo de batalla que solo trae destrucción.

Por el contrario, el objeto esencial del presente trabajo es dilucidar una forma de que se pueda concretizar jurídica y económicamente la necesaria convivencia y colaboración entre los dadores y tomadores del trabajo físico e intelectual. Repensando las bases para entender a la empresa ya no como una unidad infértil y estéril de medios materiales y humanos para la producción y acumulación infinita de riquezas como fin en sí mismo, sino que, como una expresión humana dirigida a su fin natural, que no es otro, que el mismo fin de la persona.

Al respecto, la persona se distingue del animal. Un ser sensible como un animal goza de "*Umwelt*" o perimundo, en consecuencia, es incapaz de conocer aquellas realidades y aquellas facetas de la realidad que carecen de un significado inmediato para su dotación instintivo-específica, al no resultarle ni dañinas ni beneficiosas. En cambio, un ser humano

1 * Egresado de "*Ciencias Jurídicas y Sociales*" de la Pontifica Universidad Católica de Chile, Diplomado en "*Doctrina Social de la Iglesia y Laicado*" del Instituto Universitario Sophia. Integrante de la Directiva de la Comisión Chilena de Derechos Humanos (CCHDH), ex integrante del equipo del ex convencional constituyente, abogado de DDHH, don Roberto Celedón Fernández. Ayudante y asistente de las Cátedras de "*Teoría y Fuentes del Derecho*" del profesor Carlos Amunategui Perelló, "*Fundamentos Filosóficos del Derecho*" y "Derecho Natural" del profesor Álvaro Ferrer del Valle, todos en la Pontificia Universidad Católica de Chile. Socio SANTOR ABOGADOS, ubicado en Huérfanos N° 886, comuna y ciudad de Santiago, Región Metropolitana. Correo electrónico: alonsosaga@gmail.com

goza de "*Welt*", de mundo, por lo que como ser no se constituye en eje alrededor del cual hace girar todo cuanto existe; un ser que no pretende imponer al universo que lo circunda el significado subjetivo que la realidad tiene para él; o, si se prefiere, un ser que, merced a la capacidad de relativizar o poner entre paréntesis sus propios instintos, sabe reconocer teórica y vitalmente a otros posibles centros del cosmos: es decir a otras personas. Así, no le es propio el negocio, la "*negotium*", la negación del ocio; no le pertenece al fin humano hacer fin aquello que es medio, aquello que tiene utilidad, sino que, lo inútil, lo que es un fin en sí mismo como el conocimiento o la amistad.

Lo que hace inmediato de entender, que la empresa, una unidad de medios para un fin utilitario, que no es más que una mera ficción. Una entelequia para organizar la actividad económica no puede tener por fin algo ajeno a la persona, que es, en definitiva -sea su dueño, sus administradores o trabajadores-, lo único realmente existente, lo substancialmente real. La empresa no puede tener como fin la producción y acumulación infinita de riquezas, solo como un medio, un medio en favor de la persona.

Así, contra la errónea afirmación de que el trabajo no es más que un simple castigo o necesaria condición penosa para subsistir, y que, en el reparto accidental de la riqueza que nadie ha podido elegir libremente, por ley de la naturaleza habrá quienes abusen del trabajo ajeno para la propia elevación en la bajeza de generar riquezas sin destino, dejando que circulen en las mismas manos para el peligro de toda la sociedad. Como también, contra la equivocada idea de que el trabajo es en sí una propiedad absoluta usurpada por un monopolizador del capital, y hace necesario su eliminación para reemplazarlo por un Leviatán estatal o una propiedad impersonal de trabajadores que imitan a todas luces la misma desviación burguesa del dominio como facultad arbitraria para usar y gozar en desmedro de los otros integrantes de la comunidad del país.

Reitero así, que la empresa no existe por y para maximizar las utilidades. La empresa es una abstracción donde lo real son las personas que trabajan en ella, son las personas la unidad substancial. Por lo que, en defensa de la misma razón, no puede tener un fin distinto la empresa y la persona, eso es una incoherencia. El fin último de una empresa es el mismo que quienes realmente la componen, es decir, en su caso, servir a la máxima realización de las personas, y en eso maximizar sus utilidades, como medio -como condición de continuidad-, pero nunca como fin último en desmedro de sus propios integrantes y el resto del medio social.

La empresa como vínculo reciproco de participación creativa entre trabajadores y empleadores en el natural ejercicio del derecho humano al trabajo y a la propiedad privada, implica necesariamente ser observado desde una óptica que rompa con el esquema contemporáneo de la propiedad privada. Y dicha gran tarea está en manos de aquellos derechos innatos al ser humano por su propia posesión del acto de ser, por la misma naturaleza de la persona, un ser incomunicable en toda su dimensión, pero en sí, dado por su propia entidad a comunicarse en la amistad con los otros.

Para relaciones reguladas por la justicia social, inspiradas en la libre asociación, la libertad y la colaboración de todos los sectores sociales se requiere revisar el origen de la base estructural del problema de la "*cuestión social*", la propiedad privada, solo así podremos ver una correcta relación entre la actividad empresarial y los Derechos Humanos.

En dicha línea, el problema de la propiedad privada tiene su primera consideración como "*dominio*" en el derecho romano, para ser posteriormente restituido en su tiranía en el ordenamiento jurídico durante la modernidad y el cambio de paradigma que implico, siendo está la base esencial del antagonismo de la empresa y la sociedad civil, del dueño del capital y los trabajadores, inclusive de los contratos en general, pues ha sido un camino de separación del justito título y el debido uso, fundando la adquisición de la propiedad solamente a su título, pero no a su finalidad.

Así, para pensar en una actividad empresarial que no sea fruto de discordia, que no promueva la segregación social, la acumulación infinita de riquezas en pocas manos, ni la afectación indebida de los otros derechos inscritos en la misma naturaleza humana, requiere ser pensada desde los mismos Derechos Humanos. La base de la correcta conceptualización de la propiedad privada, y a consecuencia, del fin social de los contratos como algo esencial del mismo acto jurídico en cuestión, es el necesario camino, como ha procedido en el Derecho Comparado Brasil con el Código Civil del año 2002, debe reconceptualizarse la propiedad privada para repensar la relación entre empresa y Derechos Humanos.

Pero para ello, se hace necesario iniciar la reflexión con el origen de la idea de que la propiedad es "*dominio*", es decir, en la Antigua Roma.

2. LA PROPIEDAD COMO DOMINIO: LA ERRADA CONCEPCIÓN ROMANA

Tradicionalmente nuestra concepción sobre la propiedad se ha centrado en su capacidad de excluir a otros de lo que es mío. Al respecto, en el derecho romano, la propiedad era denominada "*mancipium*" y se componía de las palabras "*manus*", que significa poder y "*capere*", que quiere decir tomar, lo cual tiene su indiscutible origen en el "*dominium*", en las potestades del "*pater familias*" en la sociedad de castas de la primitiva Roma en su era Regia hasta la Alta República[2]. La cual justamente se estructura el problema fundamental que posteriormente la modernidad volvería a hacer resurgir en el orden jurídico, el rechazo del otro, de los comunes, de los límites y fines superiores, pues en la levedad del ser finito e inmediato se agota la realidad, la idea de que hay, en definitiva, explicita -como los romanos- o implícitamente -como los ilustrados iusracionalistas-, humanos que son más personas que otros.

En dicha línea, David Bently Hart nos describe que: "*El significado original y primario de la palabra latina persona era "máscara", y como término legal su uso bien puede haberse remontado a las efigies funerarias de cera mediante las cuales las personas de importancia social eran representadas después de su muerte, y a las que se permitía a las familias de rango para exhibir como íconos de sus pedigríes ancestrales. Así, por extensión, tener persona era tener rostro ante la ley, es decir, ser reconocido como poseedor de derechos y privilegios ante un tribunal, o como alguien que debe dar testimonio sobre la fuerza de su propia palabra. o simplemente como poseedor de una identidad social respetable, de la cual los juristas deben ser conscientes*"[3].

Así, el problema de la propiedad reside en excluir a otro del control, de un poder absoluto del cual se goza indubitadamente sin resquemor a afectar lo común. Por ello John Ruskin, en una reacción al nuevo paradigma moderno -heredero de noción romana de ciudadanía- de la trinidad liberal "*libertad, propiedad y representación*", de forma categórica, de la siguiente forma: "*Lo que usualmente se esconde tras el deseo de riquezas es esencialmente un deseo de poder*

2 Vid. Amunategui (2011), pp. 9-38.

3 Hart (2009), p. 168.

sobre otras personas; en el sentido más simple, queremos que el sirviente, el comerciante y el artista trabajen para nuestro propio beneficio; en un sentido más amplio, queremos la autoridad para dirigir grandes grupos de personas para lograr distintos propósitos (…). Por tanto, este poder que la riqueza confiere será mayor o menor en proporción directa *a la pobreza de las personas por sobre quienes se aplica el poder y en proporción inversa al número de personas que son tan ricas como nosotros, y que están dispuestas a ofrecer el mismo precio por un artículo de suministro limitado*"[4].

Volviendo a la Roma Patricia. Los integrantes de las "*Gens*" tenían esa mascara llamada por ellos como "*persona*" (derechos), por su control del "*Ager Publicus*", los bienes, la propiedad particularmente, los cuales se componían principalmente por los bienes "*mancipi*", que Gayo en sus Institutas describe como aquellos "*domados por el cuello o lomo*" sobre los cuales se tenía "*un poder absoluto de disponer como se quisiera*", entre los cuales se destacaban los esclavos, los inmuebles agrícolas, las servidumbres, inclusive en un momento se confundió jurídicamente con la misma persona de los hijos y la mujer casada del Patricio[5]. Al menos hasta la aprobación de las "*Leges Licinia-Sextiea*" del 367 a.C. y la "*Lex Poetilia-Papiria*" del 326 a.C., que limitaban el "*Ager Publicus*" y abolieron la responsabilidad corporal-esclavitud por deudas, y otras normas que castigaban el maltrato de la mujer -llego inclusive a poder heredar y administrar bienes- y los hijos[6].

Así, la propiedad, y lo relativo al patrimonio en la circulación de las riquezas, la actividad hoy llamada empresarial, tomo en dicho paradigma en la Roma Clásica, la idea de dominio. Consecuencias de ello es la sacralización de una idea de libertad voluntarista sin límite más que los propios designios de su titular, que implico a su vez, que los actos jurídicos esencialmente consensuales como el "*mutuum*" equipararan la voluntad a solamente la ausencia de engaño o dolo en abstracto, pero no su reciprocidad objetiva o a fines sociales comunes. Por ello, Ulpianus decía que no es dañado quien está dispuesto[7] o Paulus afirmaba que quien está dispuesto a obligarse no puede sufrir una injuria[8].

El origen de la doctrina contractualista y sus axiomas: "*libertad igual justicia*", "*voluntad sin vicios fuente de obligación*", "*libertad contractual igual justicia contractual*" y otras variantes, tiene su fundamento primero en la idea de propiedad como dominio. Y dicho dominio, implica la exclusión y subordinación de otros, pues es arbitrario, su única regla y medida es el propio agente que lo usa, fuente de discordia social y conflictos. Así, tenemos el origen y problema de la definición de propiedad/dominio en el inciso 1° del artículo 582 del Código Civil chileno: "*El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal,* ***para gozar y disponer de ella arbitrariamente****; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno*".

Lo cual es meramente limitado por un poder soberano en el marco de un voluntarismo irracional sin dirección, dependiente de mayorías coyunturales o del poder de la fuerza, y en la contraparte absoluta, el dominio ajeno. Lo cual se matizó e incluso supero hasta la llegada de la modernidad, en donde se conceptualizo las bases filosóficas y jurídicas de un malestar equivalente al de las Guerras Sociales entre Patricios y Plebeyos.

4 Ruksin (2016), pp. 54-55.

5 Cfr. Gayo 3, 14a.

6 Vid. Amunategui (2011), pp. 27-34.

7 "(…) *nulla iniuria est, quae in volentem fiat* (…)". Digesto 47, 10, 1, 5.

8 "(…) *nullam enim potest videri iniuriam accipere, qui semel voluit* (…). Digesto 39, 3, 9, 1.

Así, se hace necesario, conociendo el origen de la equivalencia "*propiedad como dominio*", analizar su actual instauración en el paradigma jurídico y económico, para lo cual es indispensable conocer los problemas de la modernidad y sus consecuencias en el ordenamiento jurídico.

3. EL PROBLEMA DE LA MODERNIDAD: EL INDIVIDUALISMO VOLUNTARISTA Y SUS CONSECUENCIAS JURIDICAS

En dicha línea, esa idea patricia de la propiedad volvería a los ordenamientos jurídicos de Occidente tras el proceso de cultivo de la sociedad moderna; del paso a la sociedad de corporaciones y gremios medievales a la del individuo ilustrado; de las obligaciones metafísicas y mística en cada acto humano a la autonomía ilimitada de un hombre que se saca de la ecuación a su propi causa y finalidad; de la subordinación de la voluntad al intelecto a la voluntad irracional como fuente de obligaciones jurídicas entre los individuos, e incluso, de la producción legal por el nuevo aparato monopolizador de la creación normativa, el Estado.

Al respecto, Descartes, como explica Jacques Maritain en su libro "*Los Tres Reformadores*", transformó la epistemología medieval del "*re ipsa*", es decir, la realidad en sí, a la "*rem in me*", es decir, la realidad en mí moderna. Es a través de la filosofía de Descartes donde se inicia el nuevo camino de la filosofía cuyo espíritu constitutivo es "*el saber, el pensamiento, en cuanto unidad del pensar y del ser*"[9]. La idea máxima pasa del ser a la idea que el objeto del conocimiento puede ser conocido por nosotros porque es en la medida en que nosotros mismos producimos, y no en medida de lo que es. Se invirtió la máxima de san Agustín de Hipona: "*si me equivoco, existo*" en tanto "*las cosas son y las conozco, y aun sin conocerlas existen*"[10].

Desde Descartes el pensamiento no exige previamente, con prioridad de naturaleza, la existencia o el ser, señalando que es la propia conciencia o el propio pensar en cualquiera de sus manifestaciones la que confiere su realidad a lo pensado, de ahí el origen de la deformación positivista que cree que solo es real lo medible y cuantificable, lo percibido por los sentidos exteriores. Asimismo, al instaurar el *cogito ergo sum* como principio primero, se derrumba la metafísica, como también, se viene abajo la imagen teórico-práctica del hombre como persona y los criterios determinantes de su actuación moral. Por ejemplo, el abandono del ser como punto esencial significa abandonar la equivalencia clásica "*ente y la bondad*", lo que implica sustituir el ser por la conciencia, lo que supone el cambio del bien en sí por un bien particular o peor aún un "*bien para mí*" exclusivamente, como ha explicado Tomás Melendo[11].

Así, se divorcia la realidad de la ciencia y, en consecuencia, el conocimiento no tiene relación con la verdad, creándose un escenario de verdades múltiples, vaciándose todo "*Telos*" o finalidad de los actos morales y jurídicos del hombre. El abandono de toda metafísica del "*deber-ser*" para un pueril materialismo subjetivista que ha abandonado todo concepto como lo justo o de la dignidad.

9 Vid. Maritain (1925), p. 110.

10 Vid. San Agustín de Hipona, Libre Albedrío, Libro II en "*Corpus Scriptorum Ecclesiasticorum Latinorum* (CSEL 74)", 38-78, y en "*Patrologiae Cursus Completus*, Serie Latina (PL 32)", IV 10 a VII 15.

11 Melendo (1997), p. 35.

Algo confirmado posteriormente con el problema kantiano del *syllogismus cornutus* y emotivismo axiológico de Hume. Al respecto, el primero señala que conocemos en nuestra peculiar forma de ser y no la realidad, habría, por tanto, verdades relativas exclusivamente y no hechos objetivos -lo justo o injusto de algo dependería solamente de quien lo observa-[12]. Mientras que, el segundo afirma que todos los juicios de valor no afirman nada sobre algún objeto externo o interno: sólo expresan ciertas emociones, no hay forma de decir que algo es malo o bueno, solo expresar la subjetividad[13].

Por esto, el fundamento del orden social no era otro que la fuerza o la conveniencia como señalaría Thomas Hobbes[14], pasando toda configuración del Estado y la Ley a las hipótesis irrisorias de un supuesto "*Estado de Naturaleza*" sin sociedad, concluyendo, que para la protección de lo único valioso, nuestros intereses individuales, la libertad negativa en suma, se sacrifica toda auto tutela, toda costumbre o tradición, toda noción de moral por el monopolio de la fuerza y la producción jurídica por el Estado, dentro de un paradigma social determinado, el liberalismo, donde el ordenamiento jurídico se determina dentro del fenómeno de la libertad contractual y la autonomía de la voluntad por la máxima "*laissez faire*", pues justicia contractual era sinónimo de libertad contractual.

En dicha línea, el jurista francés, Jean Carbonnier, afirmaba que así la voluntad humana se convierte en una ley de sí misma y da vida a su propia obligación, privando del contrato entre las partes de una finalidad imperativa o principios externos que perturben la voluntad creadora *ex nihilo*, quitando las ataduras, refrenos o autorización alguna, excluyendo las legalmente establecidas, que siguen la misma lógica anti metafísica[15].

Por su parte, Lutero, en el plano de la antropología, nos plantea la invencibilidad del mal, de las pasiones y en términos teológicos, del pecado. Transformando el fenómeno religioso de orbita y descomponiendo la vocación salvífica o justiciera del derecho o la economía, pasando el buen gobierno a no tener relación con la dignificación del hombre o su porvenir inmortal. El reformador protestante está convencido que "*la concupiscencia es invencible*", puesto que el Pecado Original ha destruido de tal manera nuestra naturaleza, que nada puede reconstituirla, ni siquiera la Gracia de Dios, interviniendo Cristo de una forma externa en defensa de la persona humana, pero no tocando su perversión, por lo que, no seríamos capaces de realizar el acto bueno[16].

Pasando de la antropología participativa propia de los primeros cristianos a una antropología negativa, en negación a lo bueno. Transitando de la "*Gratia salutis in operibus*" a la máxima de "*Nulla salus in opere humano est*", es decir, la inutilidad absoluta de las obras,

12 "*La verdad, se dice, consiste en la concordancia del conocimiento con el objeto. De acuerdo con esta definición meramente nominal, mi conocimiento ha de concordar, por tanto, con el objeto para ser verdadero. Ahora bien, solo en virtud de que conozco el objeto puedo compararlo con mi conocimiento. Por consiguiente, mi conocimiento ha de confirmarse a sí mismo, pero ello dista mucho de ser suficiente para la verdad. Pues como quiera que el objeto está fuera de mí y el conocimiento en mí, lo único que siempre puedo juzgar es si mi conocimiento del objeto concuerda con mi conocimiento del objeto. A este círculo explicativo los antiguos lo llamaban dialelo*". Kant (1992), VII, A 70, p. 67.

13 Vid. Hume (1751).

14 Hobbes (1994).

15 Cfr. Carbonnier (2002), pp. 100-127.

16 Vid. Maritain (1925), p. 12.

salvación sólo por fe, es decir, por un ímpetu de confianza, "*Pecca fortiter, et crede firmius*", cuantos más peques, tanto más creerás y tanto más serás salvado[17].

Así, se consagró en la antropología moderna una fisionomía del egocentrismo racional, el centro gravitacional de todas las cosas, y antes que nada en el orden espiritual, era el individuo solo, atomizado y finito, libre de toda regla exterior, toda heteronomía. Algo confirmado en el plano de la ética por Immanuel Kant en su libro "*Crítica de la Razón Pura*", en donde se afirma que toda heteronomía ajena al propio sujeto y sus principios a "*priori*" ya condicionados en sí, no en algo externo, es una ofensa insoportable a la razón, la norma parte en lo normado y lo normado de alguna forma es la norma. La antesala del fenómeno posmoderno de la tiranía del individuo y la lucha del reconocimiento de las subjetividades[18].

Por esto, desde la obra de la "*Metafísica de las Costumbres*" y el Código Civil Napoleónico se termina de colonizar y asentarse en el ordenamiento jurídico mundial, la idea de que el eje de las normas jurídicas parte y terminan en el propio sujeto, reduciendo la conmutatividad a la apreciación subjetiva de las partes y no el contenido real, abandonando progresivamente la larga tradición de la "*laesio enormis*" y la doctrina del precio justo.

Ahora, se desarrolló en el inicio de la modernidad la fijación de la conmutatividad de los contratos en la misma libertad contractual y autonomía de voluntad, confundiéndose medio y fin como si fueran los mismos. Todo esfuerzo externo es innecesario e ineficaz. Y con el correr del tiempo, surgiendo el primer quiebre del derecho decimonónico ilustrado tras la grave "*cuestión social*", se sigue atrapado en el paradigma subjetivista antes señalado y en el fenómeno de la imposibilidad de cambiar la naturaleza del hombre y su realidad social, pues hoy, es la voluntad irracional del legislador dependiente de la lucha y esfuerzo corporativo de grupos sociales cualquier avance de protección, y toda protección está sujeta a mociones del mismo cuerpo legislador dependiente de la coyuntura política del momento, ejemplo claro de ello, es el salario mínimo.

Finalmente, en el paradigma de la producción legal misma, además de apartarse de la gnoseología y su labor de conocer la verdad, como también, de la antropología y en consecuencia de la ética que busca proteger la condición de hombre para hacerlo mejor conforme a su naturaleza, toma una nueva perspectiva con Rousseau. Pasando de la máxima de Cicerón "*Salus populi suprema lex esto*"[19], es decir, la ley suprema es el bien del pueblo, el bien común, por **la mera manifestación de la voluntad del legislador o como dice el artículo 1 del Código Civil chileno: "*La Ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite*"**.

Rousseau extraerá las últimas conclusiones de la modernidad, su optimismo no será sino la otra cara del pesimismo de Lutero, dos caras de la misma moneda. Para ello, en vez de sostener que las acciones de los hombres no pueden ser sino malas, el oriundo de Ginebra afirmará lo contrario: **actuar obedeciendo los impulsos de nuestra naturaleza, sin tratar jamás de someterlos a una ley superior, es la condición misma de la bondad**[20].

17 Vid. Maritain (1925), p. 13.

18 Cfr. Kant (2015), pp. 27-40.

19 Cicerón: *De Legibus*, Libro III, parte III, sub. VIII.

20 Rousseau (1991), p. 351.

Así, Rousseau da paso con el tiempo al ***Iuspositivismo* o Derecho Positivo, que es una corriente de pensamiento jurídico cuya principal tesis es la separación conceptual de moral y derecho, argumentando -en sus inicios desde su tradición decimonónica-, desde la visión kantiana de la moral y el derecho[21], lo que supone un rechazo a una vinculación lógica o necesaria entre ambos**. Mientras que, posteriormente bajo el alero ideológico de **Hans Kelsen, se lo remite a la voluntariedad irracional; que plantea la necesidad de vaciar el derecho de toda referencia moral para focalizar la preocupación cognoscitiva en el conjunto de técnicas de control social bajo amenaza de coerción y la facultad procesal de reclamar a un juez una aplicación indebida de dicha sanción coercitiva según la norma libre de impurezas como la moral, la historia, la cultura o cualquier fenómeno que no sea estrictamente un axioma normativo que se aplique mediante la fuerza**[22].

Desde esta perspectiva, no hay diferencia entre derecho y ley, y lo que hace justa una ley es la voluntad de quien la emitió, y según la pirámide kelseniana posteriormente, su adecuación a una norma superior que señala la forma en que debe discutirse, emitirse, promulgarse y publicarse, es decir, según el procedimiento que establece otra norma con una jerarquía superior[23].

Así, Jean Jacques Rousseau afirmaba que: "*El pacto social (en) su esencia se reduce a los siguientes términos: "cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general; y nosotros recibimos corporativamente (en corps) a cada miembro como parte indivisible e inalienable del todo*"[24]. Así, no hay derechos innatos ni dignidad que limite al Estado más que lo señalado por la misma voluntad general, la antesala de la producción jurídica del totalitarismo y los malestares sociales de la división entre avances sociales y jurídicos, particularmente, cuando la política está sometida quienes también tienen el monopolio de la propiedad, como ocurrió en la antigua Roma.

Por ello, la modernidad, en su cambio de paradigma filosófico transformó la economía y el derecho para volver a centrarse en la idea de propiedad como dominio, haciendo de la actividad económica central de los nuevos tiempos del capitalismo una verdadera antinomia a la paz social.

Ahora bien, analizado el origen de la errónea concepción de la propiedad como dominio y su reinstauración con la modernidad, como también, sus principios filosóficos y consecuencias jurídicas que enarbolaron el individualismo, el subjetivismo y el materialismo, surge la pregunta ¿entonces cuál es el auténtico sentido de la propiedad?

4. LA PROPIEDAD EN UN SENTIDO HUMANO: LA EMPRESA COMO MEDIO Y EN SERVICIO DEL BIEN HUMANO

Para poder pensar una propiedad distinta al "*dominio*", debemos partir de una pregunta anterior, ¿por qué existe la propiedad privada? Al respecto, es inmediata la necesidad de evitar respuestas circulares o fundadas en falacias *ad veredictiam* o *ad hominem*. La propiedad no existe ni se justifica porque lo diga una norma o por los títulos (ocupación, accesión,

21 Vigo (2012), pp. 57-78.

22 Vid. Kelsen (1982), pp. 46-67.

23 "(…) *el fundamento de validez de un orden jurídico se refiere sólo a la constitución que es el fundamento de un orden coactivo eficaz*". Kelsen (1982), p. 60.

24 Rousseau (1991), p. 361.

tradición, etc.) que se puedan mostrar, eso no es el fundamento primero y último de nada, solo un requisito para acreditar el por qué más inmediato.

Al respecto, lo que es justo o injusto se conoce por su adecuación al bien humano, a la realidad personal concreta, dicho fin se encuentra en la pregunta: ¿para qué le sirve la propiedad privada a una persona?

Pues, "*el fundamento de la propiedad es inseparable de la consideración de su uso, es decir, de su finalidad*"[25]. Su razón de ser es la de **un medio** para los fines de la persona, ya sea para su realización vocacional, para la supervivencia, en definitiva, para su Desarrollo Humano Integral: tanto del individuo como de los otros, su uso con justicia. Al respecto, **Tomás de Aquino señaló que "*La propiedad privada solo puede existir por su mejor administración, su uso para lo necesario para vivir bien y su función social*"**[26].

En dicha línea, Emanuel Mounier señala que "*la propiedad* (…) *supone un orden de finalidades subordinadas y, señaladamente, de personas soberanas. Existe un derecho general del hombre sobre la naturaleza* (…) (que lo) *autoriza a usar de sus bienes con vistas a su fin. Dominio que no es primero, sino recibido por participación en el dominio eminente de Dios y como instrumento a de su regreso a Dios*. (Es decir) *El hombre no tiene, pues, un derecho sobre el ser o la naturaleza de las cosas, sino sobre su uso, siempre que ese uso sea conforme al derecho procedente de Dios* (…) *(en su) uso inteligente y voluntario de una riqueza subordinada*"[27]. Subordinada al bien humano.

Y justamente el bien humano es su progreso, su desarrollo, al final y al cabo, el final de todo derecho o facultad es la persona y su complitud. Para lo cual debe alcanzar dicha propiedad para el sustento de las necesidades materiales, comunitarias, espirituales y culturales de la persona, y el resto es lo superfluo y se debe repartir, no acumular, ahí el espíritu civilizatorio de las "*Leges Licinia-Sextiae*" antes mencionadas al limitad el "*Ager Publicus*" y las actuales normas de derechos humanos.

En dicha línea, la subordinación de la propiedad a un fin o interés social no es solamente un límite a la arbitraria disposición, como se ha señalado en las normas legales chilenas, sino que, es su regla y medida su finalidad social. Por ello, y siguiendo a Mounier, es correcto afirmar que **todo lo superfluo debe ser repartido por el dueño, por la comunidad o por el Estado, y aquello dependerá de las modalidades concretas que se decidan tomar cada Nación soberanamente**.

Así, siguiendo a Emmanuel Mounier, es claro que "*el uso de los bienes (usus) no es de derecho natural, y la exclusión de otro, necesaria en su administración, se vuelve ilegitima en este uso. Esta ley es tan primordial que santo Tomás la refiere directamente a la ley divina*"[28]. Lo cual implica justas distinciones para adecuar el sentido de la propiedad humana, para lo cual, justamente hay que ver la realidad concreta de la persona. Así, "*es necesario para un individuo aquello sin lo cual no podría vivir. Pero hay modos y modos de vivir* (…) *El hombre no está hecho para mantenerse, como una bestia, sólo en el nivel de la vida física. Cada uno de nosotros es una persona y tiene la misión de desarrollarse como una persona: llamaremos necesario*

25 Mounier (1984), p. 43.

26 Tomás Aquino: Summa theologiæ 2.2., q. 66, a. 7.

27 Mounier (1984), pp. 39-40.

28 Mounier (1984), p. 53.

personal (necessarium personae) el mínimo necesario para la organización de una vida humana: mínimo de ocio, de deportes, de cultura, de vida pública, de vida de familia, de vida interior"[29].

Las cosas muebles e inmuebles, corporales e incorporales, los frutos naturales y civiles de estas están destinados al debido sustento de las personas y al aprovecho de los demás, pues la actividad económica y su actual configuración en la denominada "*empresa*" no puede tener un fin distinto a la única sustancia real que la compone que no es cosa, es decir, las personas, y no es fin de la persona tener por tener, sino que, el ser, el realizarse. Por ello, la empresa como medio busca enriquecerse, aumentar las riquezas, como un medio, pero nunca como fin. La propiedad privada entonces tiene una doble funcionalidad: "*lo personal y comunitaria*"[30].

Ahí, la necesidad de repensar la economía contemporánea y la regulación legal de su base fundamental, la propiedad. **Se requiere ya no una noción de propiedad como dominio, sino que, una noción personalista, es decir, centrada en la persona humana. Al respecto, Emmanuel Mounier señala que la "*economía personalista regula la ganancia a tenor del servicio prestado en la producción, la producción sobre el consumo y el consumo con arreglo a una ética de las necesidades humanas, replanteada en la perspectiva total de la persona. Mediante intermediarios, la persona es la piedra clave del mecanismo, y ella debe hacer sentir este primado en toda la organización económica*"**[31].

Ahora bien, ¿cómo podríamos repensar la propiedad y en consecuencia la actividad empresarial? Dicha respuesta ya está precolonizada en nuestro derecho, la alternativa al dilema social de la propiedad ya está solucionada en los Derechos Humanos.

5. LA SÍNTESIS, MÁS ALLÁ DE LOS LÍMITES. EL FIN O INTERES SOCIAL COMO REGLA DE MEDIDA A LA LUZ DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los Derechos Humanos han conceptualizado, especialmente en Latinoamérica, una **visión integral que entiende que la propiedad no se agota en la mera libertad negativa, sino que, se ordena, regula, limita, evaluar y conceptualiza desde su finalidad social**. Un enorme avance ha sido la síntesis jurídica del Código Civil de Brasil, fundamental para comprender a la actividad empresarial en el marco de los Derechos Humanos.

Al respecto, el sistema interamericano de Derechos Humanos trata la propiedad privada en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocido como Pacto de San José de Costa Rica señala que:

> "*Derecho a la propiedad privada:*
>
> *Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes.* ***La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.***
>
> ***Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social*** *y en los casos y según las formas establecidas por la ley.*
>
> ***Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley***".

29 Mounier (1984), p 57.

30 Mounier (1984), p. 44.

31 Mounier (1976), p. 147.

Es decir, nuevamente, reaparece esta idea de subordinación de fines, donde un medio, como es la producción e intercambio de la riqueza, no es un fin en sí mismo, ni tampoco, una medida de la realización humano o peor aún, una fuerza autónoma que no tiene correlación con la persona humana -como afirma la Teoría de la Firma en la Administración de Empresas-. **En relación con la propiedad privada no existe anomia en el sistema de Derechos Humanos, sino que, se comprende correctamente como mecanismo para la realización de los demás derechos inherentes a la persona humana en conformidad a sus fines humanos, en respeto y adecuación, no solo como límite. No hay propiedad privada si no es para el bien común**.

En dicha línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la propiedad privada **no es un derecho absoluto y se encuentra subordinado al interés social**; dentro del contexto de una sociedad democrática donde prevalece el bien común y los derechos colectivos, sin perjuicio de que deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales y colectivos, de primera, segunda y tercera generación igualmente, con especial énfasis en aquellos directamente relacionados con la vida e integridad física y psíquica[32], tales como la Salud o la Previsión Social.

Asimismo, volviendo a la norma internacional, la Convención Americana distingue entre la posibilidad que la ley pueda "*subordinar*" el uso y goce de los bienes al interés social, de la posibilidad excepcional, "*en los casos y según las formas establecidas por la ley", de privar a sus bienes a una persona "mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social*"[33].

Al respecto, a diferencia de la Corte Europea de DDHH, la Corte Interamericana no establece el principio de legalidad estricta en las causales de limitación, perturbación o privación de la propiedad privada. La CIDH señala que "*no es necesario que toda causa de privación o restricción al derecho a la propiedad esté señalada en la ley, sino que es preciso que esa ley y su aplicación respeten el contenido esencial del derecho a la propiedad privada*"[34]. Respecto a la "*justa indemnización*", esta no concurre en la mera limitación, pero si en la privación conforme a la jurisprudencia internacional, la cual señala que debe ser "adecuada, pronta y efectiva", no mencionándose que deba hacerse previamente a la toma de posesión del bien. "*Para que la indemnización sea adecuada se debe tomar como referencia el valor comercial del bien objeto de la expropiación anterior a la declaratoria de utilidad pública de éste, atendiendo el justo equilibrio entre el interés general y el interés particular utilizando los medios proporcionales a fin de vulnerar en la menor medida el derecho a la propiedad de la persona objeto de la restricción*"[35].

Finalmente, la Corte, comprende que, **dentro de las obligaciones del Estado, además de asegurar la no perturbación ilegal e ilegítima de la propiedad privada, la jurisprudencia internacional obliga a los Estados a proteger y promover la propiedad de las poblaciones vulnerables, tales como, campesinos, indígenas o trabajadores. Fomentando la distribución de la tierra, la no expulsión o expropiación indebida**, etc[36].

32 Vid. Corte IDH: *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de marzo de 2011, párr. 60 y 61.

33 Corte IDH: *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero 2001. Infra, párr. 177.

34 Corte IDH: *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero 2001. Infra, párr. 64 y 65.

35 Corte IDH: *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero 2001. Infra, párr. 63 y 98.

36 Cfr. Corte IDH: *Caso Vereda La Esperanza Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2017, párr. 240;
Cfr. Corte IDH: *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006, párr. 182;

Al respecto, queda por mencionar la consecuencia adecuada de esta concepción de la propiedad privada en la actividad empresarial, y justamente, el punto más relevante es la regulación misma de la base de dicha actividad, los contratos, en donde justamente es debido ver su especial tratamiento al denominado "*fin social de los contratos*", donde el ejemplo a observar en el Derecho Comparado es el Código Civil del año 2002 de Brasil.

6. BRASIL Y LA FUNCIÓN SOCIAL DEL CONTRATO. EL EJEMPLO PARA ENTENDER LA ACTIVIDAD DE LA EMPRESA EN EL MARCO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Para poder entender a la empresa en el marco de los Derechos Humanos, debe fijarse en la base esencial de todo el tráfico jurídico, la regulación misma de los contratos. Al respecto, y como consecuencia de una nueva configuración de la propiedad privada en el sistema interamericano de Derechos Humanos, el novedoso Código Civil Brasilero de 2002 (CCB), que unifica el derecho civil y comercial, dejando fuera la regulación del derecho del trabajo y de las sociedades anónimas, se presenta así mismo como el plato fuerte de una nueva configuración de la actividad empresarial en el derecho a través de los fines sociales de los contratos que regula[37]. El cual se encuentra especialmente influenciado por la Doctrina Social de la Iglesia y la agenda de movimientos sociales brasileros, que reconoce influencias del derecho alemán e italiano, además de tener una marcada orientación social, a diferencia del individualismo liberal que predomina en las codificaciones del siglo XIX[38].

Al respecto, **la doctrina brasileña ha insistido en que el Derecho Civil debe ser entendido e interpretado de acuerdo con los principios constitucionales, especialmente, los Derechos Humanos; por lo cual el Código Civil sería el vehículo para la concreción de las normas constitucionales en las relaciones jurídicas privadas**[39]. De este modo, toda la regulación de **la actividad privada es expresión fiel de los valores de la dignidad humana**, no pudiendo el derecho de contratos quedar ajeno al proyecto de estado social formulado por la Carta Fundamental de Brasil, especialmente, del principio pro homine y los derechos humanos[40]. Así, la doctrina mayoritaria de Brasil ha dicho que:

"(…) *familia, propiedad, empresa, sindicato, universidad, como cualquier otro microcosmos contractual, deben permitir una realización existencial igualitaria. De este modo, no pueden constituir espacios no susceptibles de control social, como plantea el voluntarismo, justamente porque integran un orden constitucional que se aplica tanto a las relaciones de derecho público como a las de derecho privado*"[41]. Al respecto, los principios esenciales de todo el Derecho Privado Brasilero son: i) Sociabilidad (*socialidade*) y ii) Ética (*eticidade*).

La "*socialidade*" es la idea o principio central del nuevo Código, e implica la prevalencia de los valores e intereses comunitarios por sobre los individuales, así como un énfasis en atender a los fines sociales y las exigencias del bien común para la aplicación de la ley, como explica Luis Gustavo de Paiva Leão[42]. Al respecto, en los comentarios oficiales del CCB

Cfr. Corte IDH: *Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012, párr. 222; etc.

37 Wald *et al.* (2004), p. 126.

38 Vid. Schmidt (2018), pp. 33-48.

39 Moreira (2005), p. 67.

40 Xavier (2006), p. 138.

41 Xavier (2006), p. 138.

42 Leão (2010), p. 34.

sobre la Parte Especial, "LIVRO I, DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES" el punto 21 cita al jurista Agostinho Alvim, artífice del Código Civil, quien explica que:

> "(…) *la redacción final del Proyecto de Ley presenta algunas modificaciones, resultantes de la orientación seguida en las demás partes del sistema, así como para acentuar el cumplimiento de los ya mencionados requisitos de socialidad y concreción, en consonancia con el imperativo de la función social del contrato, «ad instar» de lo que ocurre con el derecho de propiedad. Otras modificaciones son el resultado del estudio de las sugerencias recibidas de organismos representativos de diversos «campos de interés», como es el caso, por ejemplo, de los contratos de construcción. Se atendieron las demandas de los constructores, salvaguardando al mismo tiempo los derechos de los propietarios. Este es un ejemplo, entre muchos otros, de cómo los imperativos del bien individual siempre se intentaron conciliar con los del bien común*".

Mientras que, de acuerdo con el Título V "DOS CONTRATOS EM GERAL", Capítulo I y Sección I del Código Civil Brasilero de 2002, la libertad contractual se ejercerá **dentro de los límites de la función social de los contratos**[43], que no es lo mismo que la afirmación "*se encuentra limitada por*". Las relaciones contractuales, como la propiedad privada, la libertad económica y empresarial, se subordinan al bien de la persona y de la comunidad, de modo que todo se ordena a un interés superior que es el desarrollo y ejercicio de todos los derechos humanos inscritos en la naturaleza de las personas; una autentico giro en 180° grados desde la implantación del modelo liberal que trajeron consigo la Ilustración y la Modernidad en remembranza del derecho arcaico y preclásico romano.

Al respecto, esta función social del contrato es un nuevo principio que, informado por los valores constitucionales de dignidad de la persona humana, solidaridad y libre iniciativa, impone deberes a los contratantes en vista de intereses sociales. Debido a esto, posee una "eficacia intersubjetiva", por medio de la cual se establecen deberes positivos de conducta que complementan las prestaciones originalmente acordadas por las partes, es decir, en palabras de Judith Martins-Costa, la autonomía sin límites del liberalismo individualista se supera por una noción sustantiva del derecho que **lleva aparejada deberes ineludibles**[44] .

Asimismo, al final del mismo texto legal brasileño, **el artículo 2045, señala que toda estipulación contraria a la función social de la propiedad y los contratos es nula, configurando un derecho privado dirigido, donde la función social no solo es un límite, sino un elemento de la existencia, de la esencia o de la naturaleza según el tipo de contrato que nos refiramos**.

Ahora bien, respecto a la "*eticidade*", implica que en la aplicación de la norma jurídica deberá otorgarse mayor valor a los principios ético-jurídicos que a los procesos lógico-formales utilitaristas. La existencia de cláusulas generales y principios jurídicos en la normativa del CCB permitirían al juez gozar de una mayor libertad para la concreción de este principio en los casos particulares, a través de decisiones más justas o equitativas, por medio de la aplicación de principios ético-jurídicos, como la buena fe objetiva, la lealtad y la cooperación entre los contratantes, y el respeto a la dignidad humana[45].

43 Artículo 421 del CCB.

44 Martins-Costa (2005), pp. 41-66.

45 Leão (2010), p. 31.

En el derecho de obligaciones, este sustento ético encuentra su manifestación positiva en la consagración del principio de buena fe objetiva del artículo 422 y la sanción del abuso de derecho del artículo 187 del Código Civil Brasilero. Así, la base ética al derecho de las obligaciones está dada por el fomento y protección del equilibrio económico de los contratos, lo cual se refleja, por ejemplo, en la sanción de la lesión del artículo 157, la resolución por excesiva onerosidad de los artículos 478 al 480 y la nulidad de las cláusulas abusivas del artículo 424 del CCB.

Al respecto, y finalmente, para cerrar el presente trabajo, se ha de señalar que, la solución a la anomia existente en las sociedades occidentales donde ha prevalecido el proyecto moderno en sacralización del viejo orden romano de la propiedad como dominio absoluto; está en el mismo avance civilizatorio afirmado por todas las Naciones de la humanidad, los Derechos Humanos. Estos han logrado comprender, especialmente en el sistema interamericano la correcta concepción de la propiedad privada.

Así, en necesaria consecuencia, el ejemplo de Brasil es uno que debe tomarse seriamente para que, desde la reconfiguración de la propiedad privada, y como ellos hicieron, de los contratos como fuente de las obligaciones en general, volver a poner las cosas en su lugar. Sólo así podremos afirmar que la empresa no existe por y para maximizar las utilidades y, por el contrario, concretizar la realidad de que la empresa es una abstracción donde lo real son las personas que trabajan en ella, son las personas la unidad substancial.

No puede tener un fin distinto la empresa y la persona, eso es una incoherencia. El fin último de una empresa es el mismo que quienes realmente la componen, es decir, en su caso, servir a la máxima realización de las personas, y en eso maximizar sus utilidades, como medio -como condición de continuidad-, pero nunca como fin último en desmedro de sus propios integrantes y el resto del medio social.

Solamente así, podremos decir con justa razón que el Derecho es el arte de lo bueno y lo equitativo parafraseando a Celsus y Ulpianus[46].

BIBLIOGRAFÍA

Amunategui, Carlos (2011): *Historia Social, Política y Jurídica de Roma* (Santiago de Chile, Abeledo Perrot).

Carbonnier, Jean (2002): *Droit civil: Introduction* (Paris, Presses Universitaires de France, Collection Themis droit privé) 27th edition.

Hart, David Bently (2009): *Atheist Delusions. The Christian Revolution and its Fashionable Enemies* (New Haven & London, Yale University Press).

Hobbes, Thomas (1994): *Leviatán o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil* (Traducc. M. Sánchez, México, Fondo de Cultura Económica).

Kant, Immanuel (1992): *Lógica* (Traducc. Guido António de Almeida, Río de Janeiro, Edições Tempo Brasileiro).

Kant, Immanuel (2015): *Crítica a la Razón Pura* (Traducc. Manuel García Morente y Manuel Fernández Núñez, Ciudad de México, Editorial Porrúa).

Kelsen, Hans (1982): *Teoría Pura del Derecho* (Traducc. Roberto J. Vernengo, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México).

Leão, Luis Gustavo de Paiva (2010): "A quebra da base objetiva dos contratos". Trabajo de grado no publicado. [Disponible en: https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/5474]. [Fecha de consulta: 12 de mayo de 2024].

46 Digesto 1, 1, 1.

Maritain, Jacques (1925): *Trois Réformateurs* (Paris, Ed. Plon-Nouririt).

Martins-Costa, Judith (2005), "Reflexões sobre o principio da função social do contrato", en *Revista Direito GV* (Vol. 1, N° 1), pp. 41-66.

Melendo, Tomás (1997): *Entre Moderno y Postmoderno* (Navarra, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra).

Moreira, Carolina Xavier da Silveira (2005): "Função social do contrato: um limite imposto a la liberdade contratual". Trabajo de grado nopublicado. [Disponible en: https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/5341]. [Fecha de consulta: 12 de mayo de 2024].

Mounier, Emmanuel (1976): *Manifiesto en Servicio del Personalismo* (Madrid, Taurus).

Mounier, Emmanuel (1984): *De la Propiedad Capitalista a la Propiedad Humana* (Traducc. Ramón Alcalde, Buenos Aires, Edición Carlos Lohlé).

Rousseau, Jean-Jacques (1991): "*Du contrat social ou Principes de droit politique*" en *Oeuvres Complètes*, (Paris, Ed. Gallimard) Tomo III.

Ruksin, John (2016): *Raíces del Honor* en "*El Bienestar de Todos"* (Traducc. Pablo Saavedra Silva, Santiago de Chile, Ediciones UC).

Ruskin, John (2016): *Las Venas de la Riqueza* en "*El Bienestar de Todos*" (Traducc. Pablo Saavedra Silva, Santiago de Chile, Ediciones UC).

Ruskin, John (2016): *Qui Judicatis Terram* en "*El Bienestar de Todos*" (Traducc. Pablo Saavedra Silva, Santiago de Chile, Ediciones UC).

Schmidt, Jan Peter (2018), "El origen de la «Parte general» del derecho privado brasileño", en *Revista de la Facultad de Derecho PUCP* (N° 80), pp. 33-48.

Vigo, Rodolfo (2012): "Derecho y Moral en el Estado de Derecho Constitucional", en *Prudentia Iuris* (N° 74), pp. 57-78.

Wald, Arnoldo (2004): "Les nouveaux codes de l'Amérique latine: le code brésilien", en AA.VV., *L'avenir de la codification en France et en Amérique latine* (Paris, Association Andrés Bello des Juristes francolatino-américains), pp. 125-138.

Xavier, Jose Tadeu Neves (2006): "A nova dimensão dos contratos no camino da pos-modernidade". Tesis Doctoral no publicada. [Disponible en: https://lume.ufrgs.br/handle/10183/13169]. [Fecha de consulta: 12 de mayo de 2024].

Obras clásicas:

Ciceron, De Legibus, Libro III, parte III, sub. VIII en The Latin Library. Disponible en: https://www.thelatinlibrary.com/cicero/leg.shtml.

Digesto, Imperatoris Ivstiniani Opera en The Latin Library. Disponible en: https://www.thelatinlibrary.com/justinian.html.

Hume, David (1751), An Enquiry Concerning the Principles of Morals, SECTION I. of the General Principles of Moral en The Project Gutenberg EBook. Disponible en: https://www.gutenberg.org/files/4320/4320-h/4320-h.htm.

Institutas de Gayo (2017, trad. Francisco Samper, Santiago de Chile, Ediciones UC).

San Agustín de Hipona, Libre Albedrío, Libro II en "Corpus Scriptorum Ecclesiasticorum Latinorum (CSEL 74)", 38-78, en The Monastic Manuscript Project. Disponibles en: http://earlymedievalmonasticism.org/Corpus-Scriptorum-Ecclesiasticorum-Latinorum.html.

San Agustín de Hipona, Libre Albedrío, Libro II en "Patrologiae Cursus Completus", Serie Latina (PL 32)", IV 10 a VII 15., disponible en: https://patristica.net/latina/.

Tomás Aquino, Summa Theologiæ 2.2., q. 66, a. 7 en HJG. Disponible en: https://hjg.com.ar/sumat/.

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Furlan y familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de marzo de 2011.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Vereda La Esperanza vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2017.

Normas Jurídicas

Código Civil de Brasil. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Código Civil de Chile, D.F.L. N°1. Diario Oficial, 30 de mayo de 2000.